

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'analyse de conformité des soumissions en droit des marchés publics

Auteur(s) : Nicholas JOBIDON

Revue : RDUS, 2018, volume 48, numéro 1-2

Pages : 91-122

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/17920>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/17920>

Page vide laissée intentionnellement.

L'analyse de conformité des soumissions en droit des marchés publics

par Nicholas JOBIDON*

L'analyse de conformité en droit des marchés publics est source de confusion et de bon nombre de conflits qui doivent être tranchés par les tribunaux. Ceux-ci peinent toutefois à dégager des lignes directrices claires compte tenu de la nature contractuelle du processus qui doit être géré au cas par cas. La démarche actuelle consiste à appliquer certains critères pour déterminer si l'irrégularité dont est grevée la soumission est importante ou non; dans ce dernier cas, on reconnaît que l'adjudicateur de l'appel d'offres a discrétion pour passer outre à cette irrégularité.

L'auteur propose une démarche en deux temps pour déterminer si l'adjudicateur peut octroyer le contrat à une soumission grevée d'une non-conformité. Premièrement, l'adjudicateur devrait s'intéresser à la nature de l'exigence (essentielle ou accessoire) telle qu'elle est rédigée dans les documents d'appel d'offres, puisque ce document représente la volonté des parties au processus d'appel d'offres. Dans un second temps, l'adjudicateur pourrait se pencher sur la nature mineure ou majeure du vice qui nuit à la soumission seulement si ce dernier touche l'une des exigences mineures des documents d'appel d'offres.

The analysis of tender compliance is confusing and causes a number of conflicts before the courts, who are finding it difficult to identify general rules for this process which must be managed on a case by case basis, given the contractual nature of calls for tender. The current approach consists in first evaluating the relative importance of the non-compliance, and then, if the non-compliance is of a sufficiently unimportant nature, public bodies may exercise their discretion to waive such irregularities.

* Professeur de droit public à l'École nationale d'administration publique. L'auteur tient à remercier M^e Pierre Giroux, Ad. E., pour son aide à la rédaction de cet article, ainsi que M^{me} Jessica Céré pour sa contribution aux références.

This paper suggests a two-step process for determining whether public bodies may award contracts to offerees who have submitted non-compliant bids. First, public bodies should turn to the tendering documentation to determine whether a requirement is essential or non-essential since those tendering documents contain the will of the parties participating in the tendering process. Second, public bodies may only determine whether a defect affecting a bid is major or minor in nature if that non-compliance relates to a non-essential requirement of the tender documentation.

Sommaire

Introduction.....95

I. Les défis propres à l'analyse de conformité99

II. La procédure d'analyse de la conformité des soumissions.....102

- A. Première étape : S'agit-il d'exigence essentielle ou accessoire de l'appel d'offres?104
 - 1. Les dispositions d'ordre public et l'intégrité du processus.....106
 - 2. La formulation des exigences et l'intention des parties107
 - 3. L'égalité entre les soumissionnaires, l'incidence sur le prix et l'effet sur la concurrence109
- B. Seconde étape : La révision de l'exercice de la discrétion ou la caractérisation du vice.....110
 - 1. L'exigence accessoire : l'organisme public a-t-il bien exercé sa discrétion?111
 - 2. L'exigence essentielle : est-ce un vice mineur ou majeur?....112
 - a. La gravité de l'erreur quant à l'exigence des documents d'appel d'offres.....116
 - b. La possibilité pour le soumissionnaire de corriger son erreur117
 - c. Le risque de préjudice aux autres soumissionnaires120

Conclusion122



Introduction

Le droit des marchés publics québécois encadre la conclusion de contrats entre l'Administration et les particuliers. Cette branche du droit, issue du croisement entre le droit administratif et le droit des obligations, tente de réconcilier les principes de liberté contractuelle et de consensualisme avec les considérations de droit public telles la déférence judiciaire envers l'action administrative et la protection des fonds publics.

Un droit des marchés publics bien conçu et correctement appliqué devrait avoir pour objectif la saine gestion des contrats publics et donc la protection de l'intérêt public, tout en respectant les principes de droit commun en matière de conclusion de contrats. Comme la valeur des contrats publics conclus par les ministères et les organismes publics (excluant les municipalités) représentaient un montant de 53 milliards pendant les années financières de 2011-2012 à 2014-2015¹, l'importance d'avoir un droit des marchés publics prévisible et pertinent ne saurait être surestimée.

L'importance financière du droit des marchés publics coïncide avec l'importance quantitative et qualitative des litiges qui nécessitent son application. En effet, un principe fondamental du droit des marchés publics québécois retire une partie de la liberté contractuelle aux organismes publics dans le but de les empêcher de déterminer unilatéralement l'identité de leurs propres cocontractants, et ce, pour éviter que leur choix repose sur des considérations non pertinentes. Cette pratique a pour objectif de contrer tout abus du pouvoir de dépenser les fonds publics, par exemple en attribuant systématiquement les contrats à des personnes sympathiques au parti au pouvoir².

¹ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, *Rapport final*, Montréal, 4 novembre 2015, tome 1, p. 71, en ligne : <<https://www.ceic.gouv.qc.ca>> (consulté le 3 décembre 2019).

² Une telle pratique était de mise au cours des années 1950 sous le gouvernement de l'Union nationale : COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES MÉTHODES D'ACHAT UTILISÉES AU DÉPARTEMENT DE LA COLONISATION ET AU SERVICE DES ACHATS DU GOUVERNEMENT et Elie SALVAS, *Rapport des commissaires sur les méthodes d'achat utilisées au Département de la colonisation et au Service des achats du*

Sauf exception, le droit des marchés publics québécois contraint plutôt tout organisme public à adjuger les contrats publics comportant une dépense supérieure à un certain seuil à la suite d'un processus d'appel d'offres public³. L'organisme public a ensuite le devoir d'adjuger le contrat au soumissionnaire ayant déposé la soumission la plus basse⁴ ou, lorsque l'appel d'offres prévoit une évaluation qualitative des soumissions, à celui qui aura déposé l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix⁵.

Un appel d'offres fait également naître entre l'organisme public adjudicateur et chaque soumissionnaire dont l'offre est conforme un précontrat⁶, nommé le contrat « A », en vertu duquel les soumissionnaires s'engagent à donner suite à leur soumission (au prix soumis) si celle-ci est retenue, tandis que l'organisme public promet de respecter l'égalité entre les soumissionnaires et de n'accepter qu'une soumission conforme⁷.

Alors que la détermination de la soumission la moins chère se révèle un exercice objectif qui laisse peu de place à l'erreur, l'analyse de la conformité des soumissions n'est pas si simple : celle-ci doit considérer

gouvernement du 1^{er} juillet 1955 au 30 juin 1960, Québec, 1963, en ligne : <https://www.ceic.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_client/centre_documentaire/Piece_1P-3.pdf>.

³ *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, art. 10 (ci-après la « LCOP »).

⁴ *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 2, art. 13; *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 4, art. 13; *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5.1, art. 16; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 5, art. 16.

⁵ Voir par exemple : *Règlement sur certains contrats d'approvisionnement des organismes publics*, préc., note 4, art. 23; *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, préc., note 4, art. 21; *Règlement sur les contrats des organismes publics en matière de technologies de l'information*, préc., note 4, art. 17; *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, préc., note 4, art. 25.

⁶ *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering*, [1981] 1 R.C.S. 111, par. 119.

⁷ *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, par. 40 et 41 (ci-après « arrêt *M.J.B. Enterprises* »); *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, par. 88 et 116.

notamment le cadre normatif, la rédaction des documents d'appel d'offres, le déroulement du processus, et même les attentes des soumissionnaires. Il n'est donc pas toujours aisé de déterminer si une quelconque non-conformité doit nécessairement entraîner le rejet de la soumission. Par exemple, une soumission est-elle conforme même si elle fait défaut d'inclure une copie des licences délivrées par la Régie du bâtiment, contrairement à ce qui était exigé dans les documents d'appel d'offres⁸? Dans la mesure où cette offre est la plus basse, et qu'elle permettrait donc d'épargner des fonds publics, l'organisme public peut-il, ou devrait-il, passer outre à une non-conformité pour autant que l'entreprise s'avère *de facto* en mesure de donner suite à sa soumission? Autrement dit, comment déterminer si une soumission est juridiquement conforme ou non?

L'analyse de la conformité des soumissions se trouve très souvent au cœur de litiges, judiciarisés ou non, entre l'organisme public et un soumissionnaire évincé qui prétend avoir droit au contrat. Si la soumission la moins chère est affublée de quelque irrégularité ou d'un accroc par rapport aux documents d'appel d'offres, l'organisme public adjudicateur se retrouve alors dans une situation délicate : il peut déclarer la soumission non conforme au risque d'être poursuivi par ce soumissionnaire au motif que la soumission aurait dû être considérée comme conforme, ou considérer la soumission conforme et octroyer le contrat à ce soumissionnaire, au risque d'être poursuivi par le soumissionnaire qui se situe au deuxième rang pour la plus basse offre et qui est conforme au motif que la soumission comportant la plus basse offre aurait dû être déclarée non conforme. Dans un cas comme dans l'autre, le risque de poursuite est bien réel, et cela, aux frais des contribuables.

De plus, la décision ultime quant à la conformité de la soumission appartient au juge. Comme c'est une question d'interprétation du contrat « A » entre l'organisme public adjudicateur et chaque soumissionnaire, la bonne foi de l'organisme public n'est pas une considération pertinente⁹, de

⁸ Comme c'était le cas, notamment, dans l'arrêt *Maria (Office municipal d'habitation de) c. Construction LFG inc.*, 2014 QCCA 2034. Dans ce cas, la Cour d'appel a considéré que, à la lumière des documents d'appel d'offres, du contexte et donc de l'intention exprimée des parties, un tel défaut rendait la soumission irrecevable.

⁹ *M.J.B. Enterprises, préc.*, note 7, par. 54.

la même manière qu'un particulier qui n'exécute pas ses obligations contractuelles ne pourrait invoquer sa bonne foi pour se libérer d'une poursuite judiciaire. L'organisme public adjudicateur n'a, pour ainsi dire, pas droit à l'erreur dans cette détermination.

Or, la jurisprudence éprouve une difficulté réelle à distinguer la soumission conforme de la soumission non conforme, difficulté qui se traduit par une insécurité juridique rendant imprévisible l'issue des litiges¹⁰.

La difficulté semble provenir en partie de la confusion entre la nature essentielle ou accessoire des exigences des documents d'appel d'offres, d'une part, et la gravité des vices grevant les soumissions, d'autre part. Une telle confusion donne lieu à une pluralité de critères utilisés en jurisprudence et à un problème de synthèse des règles applicables par les tribunaux. Ultimement, la confusion rend d'autant plus ardue la détermination de la conformité par l'organisme public adjudicateur.

Dans le présent article, nous tenterons donc, après avoir situé l'évaluation de la conformité dans le contexte du droit des marchés publics, de démêler les critères relatifs à l'importance de l'exigence, dans un premier temps, de ceux qui sont relatifs à la gravité du vice, dans un second temps. Nous proposerons des règles juridiques particulières pour déterminer la conformité d'une soumission selon que la non-conformité touche à une exigence accessoire ou essentielle de l'appel d'offres, puis en fonction d'un vice mineur ou majeur. Plus particulièrement, nous présenterons un nouveau cadre d'analyse en deux étapes pour faciliter l'étude de conformité des soumissions. La première étape porte sur la détermination du caractère essentiel ou accessoire de l'exigence des documents d'appel d'offres (tel que le fait déjà le test adopté par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Tapitec*), alors que la seconde varie en fonction d'une exigence essentielle ou accessoire. Dans le cas de cette dernière, la décision prise par l'organisme public sera alors soumise aux règles du droit administratif propres à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires; s'il est question d'une

¹⁰ Pour un survol des questions récurrentes quant à la conformité des soumissions, voir Marco RIVARD, *Guide pratique sur les soumissions non conformes*, Montréal, SOQUIJ, 2008.

exigence essentielle, il faudra déterminer si le vice est de nature mineure ou majeure pour savoir si l'organisme public peut, malgré tout, retenir cette soumission.

À noter que nous ne traiterons pas de l'évaluation de la qualité des soumissions ni des règles d'admissibilité des soumissionnaires, puisque ces sujets se situent dans un contexte différent et obéissent à des règles et à des considérations d'intérêt public diverses. Nous nous concentrerons plutôt sur la conformité des soumissions aux exigences des documents d'appel d'offres au moment du dépôt, et non sur les modifications des travaux pendant leur exécution.

I. Les défis propres à l'analyse de conformité

Traditionnellement, la règle veut qu'une soumission non conforme aux exigences des documents d'appel d'offres soit automatiquement rejetée¹¹. Toutefois, la jurisprudence reconnaît une exception pour les vices dits « de forme¹² », « mineurs¹³ », ou portant sur des « exigences accessoires¹⁴ » de l'appel d'offres.

Une erreur est généralement considérée comme majeure si elle a quelque impact sur le prix de la soumission¹⁵, si elle entraîne un déséquilibre

¹¹ Dans l'arrêt *M.J.B. Enterprises Ltd.*, préc., note 7, par. 40, la Cour suprême a considéré qu'il existe une condition implicite dans tout contrat « A » selon laquelle l'adjudicateur ne choisira qu'une soumission conforme.

¹² Cette terminologie est employée notamment dans l'arrêt *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 1 R.C.S. 116.

¹³ Cette terminologie est employée notamment dans les arrêts suivants : *J.E. Verreault & fils ltée c. Commission des écoles catholiques de Québec*, [1994] 126 R.L. (C.A.); *Rimouski (Ville de) c. Structures GB ltée*, 2010 QCCA 219 (ci-après « arrêt *Ville de Rimouski* »); *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc. c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCCA 1871; *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*, 2017 QCCA 317 (ci-après « arrêt *Tapitec* »).

¹⁴ Cette terminologie est employée notamment dans les arrêts suivants : *Lacaille Vincelette Transport inc. c. Municipalité de Sainte-Marie-de-Monnoir*, EYB 1992-74872 (C.S.); *R. Labonté et Fils inc. c. St-Nérée (Municipalité de)*, 2008 QCCS 3049; *Tapitec*, préc., note 13.

¹⁵ *Mercier c. Raby*, 2008 QCCA 1830, par. 21 (ci-après « arrêt *Raby* »).

entre les soumissionnaires¹⁶ ou si le fait de l'ignorer nuirait autrement à l'intégrité du processus d'appel d'offres¹⁷. La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*, a récemment adopté une démarche plus holistique en trois étapes pour déterminer si une soumission est non conforme quant à un élément essentiel ou, en d'autres mots, si l'organisme public peut retenir une soumission grevée d'une erreur :

- 1) l'exigence est-elle d'ordre public?
- 2) les documents d'appels d'offres indiquent-ils expressément que l'exigence constitue un élément essentiel? et
- 3) à la lumière des usages, des obligations implicites et de l'intention des parties, l'exigence traduit-elle un élément essentiel ou accessoire de l'appel d'offres¹⁸?

Les tribunaux québécois ont manifestement jugé bienvenue cette clarification apportée par la Cour d'appel en 2017, puisque l'arrêt *Tapitec* est déjà un incontournable en droit des marchés publics québécois¹⁹.

S'il est démontré que le vice est effectivement « de forme », « mineur » ou « accessoire », l'organisme public adjudicateur n'est pas nécessairement obligé de rejeter la soumission. Au contraire, l'organisme dispose alors d'une certaine discrétion pour y passer outre²⁰ ou pour permettre au

¹⁶ *R.P.M. Tech inc. c. Gaspé (Ville de)*, REJB 2004-60675 (C.A.), par. 28 (ci-après « arrêt RPM Tech »); *Raby*, préc., note 15, par. 22; *Tapitec*, préc., note 13, par. 18.

¹⁷ *Tapitec*, préc., note 13, par. 19.

¹⁸ *Id.*, par. 20. La Cour d'appel a mentionné avoir tiré son inspiration de la démarche suggérée dans Pierre GIROUX et Nicholas JOBIDON, « Les appels d'offres : une entreprise risquée? Survol des risques : la perspective de l'organisme public », S.F.C.B.Q., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2010)*, par. 61, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2010/687367525>> (consulté le 21 mars 2019).

¹⁹ En février 2019, environ 22 mois après sa publication, cet arrêt avait déjà été cité 18 fois dans la jurisprudence québécoise.

²⁰ *Raby*, préc., note 15, par. 17; André LANGLOIS et Pier-Olivier FRADETTE, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 321 et 322; Pierre GIROUX et Denis LEMIEUX, *Contrats des organismes publics québécois*, Farnham, Publications CCH, feuilles mobiles, à jour le 27 juillet 2018, 8-000.

soumissionnaire de corriger la lacune²¹. Bien que les tribunaux doivent faire preuve de déférence envers l'exercice de cette discrétion d'octroyer le contrat malgré une erreur de forme²², ladite discrétion n'est pas sans limite.

Tout d'abord, la discrétion doit être exercée de bonne foi²³. Dans un contexte de droit des marchés publics, cela signifie plus particulièrement que l'organisme public adjudicateur doit respecter les principes de la saine gestion de contrats, dont le principe d'égalité entre les soumissionnaires et d'octroi à celui dont l'offre la plus basse est conforme²⁴.

L'arrêt *Ville de Rimouski c. Structures GB ltée* est un exemple utile de cas où un juge, ici la Cour d'appel (à majorité de deux contre un), a estimé qu'un organisme public aurait dû passer outre à un vice considéré comme une « irrégularité mineure ». Dans cette affaire, l'offre la plus basse, celle de l'entreprise Structures GB, était grevée d'un vice : la soumission était accompagnée d'une garantie de soumission représentant 10 p. 100 du prix de la soumission (conformément à l'usage dans l'industrie), soit 140 483 \$, alors que les documents d'appel d'offres exigeaient une garantie ferme de 150 000 \$. L'organisme public, la Ville de Rimouski, s'est donc tournée vers l'entreprise venant au deuxième rang pour la plus basse offre, soit l'entreprise Charest et Fils, qui avait respecté l'exigence de la garantie ferme. Cette soumission était principalement conforme, mais soulevait certains doutes quant à la conformité des travaux à être effectués par un sous-traitant; la Ville de Rimouski a donc contacté Charest et Fils par téléphone pour s'assurer que ce sous-traitant effectuerait bel et bien les travaux en conformité avec les devis d'architecte.

La Cour d'appel a considéré que la Ville de Rimouski avait fait erreur dans l'interprétation des documents d'appel d'offres et que le défaut de fournir une garantie de soumission suffisante constituait, au vu des

²¹ *Rimouski (Ville de)*, préc., note 13, par. 72.

²² *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 13, par. 34.

²³ *Lacaille Vincelette Transport inc. c. Municipalité de Sainte-Marie-de-Monnoir*, préc., note 14, par. 14.

²⁴ *Rimouski (Ville de)*, préc., note 13, par. 72.

circonstances (qui incluent le faible écart des montants et une confusion possible créée par les documents d'appel d'offres), une irrégularité mineure²⁵.

Au surplus, considérant l'obligation de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité, la Cour d'appel a déterminé que la Ville de Rimouski se devait d'octroyer le contrat à l'entreprise Structures GB malgré la non-conformité apparente de sa soumission. En effet, puisque la Ville avait permis à d'autres soumissionnaires de clarifier leur offre (quant à des aspects différents des documents d'appel d'offres), elle aurait dû aussi autoriser l'entreprise Structures GB à rectifier sa garantie de soumission²⁶. L'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Ville de rejeter une soumission non conforme quant à un élément accessoire devait ainsi prendre en considération la manière dont elle s'était comportée envers les autres soumissionnaires.

Bien que l'ensemble de ces règles soutienne efficacement le principe de la saine gestion des contrats publics, il pourrait en résulter une certaine confusion vu l'imprévisibilité de l'interprétation que le juge fera des exigences du contrat. L'arrêt *Ville de Rimouski* illustre parfaitement cette imprévisibilité : la bonne foi de la Ville de Rimouski n'était pas en cause dans cette affaire, et elle croyait sincèrement avoir respecté les modalités de son contrat « A » envers les soumissionnaires. Le défaut de fournir une assurance conforme aux documents d'appel d'offres est parfois considéré par les tribunaux comme une condition essentielle, parfois comme une condition accessoire²⁷.

II. La procédure d'analyse de la conformité des soumissions

Il serait donc bénéfique à la saine gestion des contrats, ainsi qu'au droit des marchés publics en général, d'adopter une démarche aussi

²⁵ *Id.*, par. 33.

²⁶ *Id.*, par. 79.

²⁷ La liste des exigences reconnues comme essentielles ou accessoires dans André LANGLOIS et Pier-Olivier FRADETTE, préc., note 20, p. 293 et suivantes, illustre bien le fait que les mêmes exigences peuvent être qualifiées autrement dans des circonstances différentes. Il n'est toutefois pas toujours aisé de bien distinguer les circonstances en cause.

prévisible et cohérente que possible en vue de déterminer plus précisément l'étendue de la discrétion que possède un organisme public adjudicateur pour accepter une soumission grevée d'une non-conformité. À l'heure actuelle, l'état du droit est dicté par la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Tapitec*, à l'aide du test en trois étapes mentionné plus haut.

Cette démarche est utile et suggère une méthode structurée pour distinguer les exigences essentielles ou accessoires d'un appel d'offres. Elle se révèle toutefois incomplète puisqu'elle se limite à l'interprétation du contrat « A », et ne s'intéresse pas à la nature du vice contenu dans la soumission. En d'autres mots, le test de l'arrêt *Tapitec* établit efficacement le barème à l'aide duquel la nature de l'exigence des documents d'appel d'offres devra être évaluée, mais il n'indique pas la manière de procéder à l'évaluation de la non-conformité elle-même.

Une démarche plus complète serait plutôt divisée en deux temps, que nous proposons de délimiter ainsi :

1. Dans un premier temps, déterminer le **caractère essentiel** ou **accessoire** de l'exigence des documents d'appel d'offres, pour préciser le contenu exact du contrat « A »;
2. Dans un second temps :
 - a. Si c'est une exigence accessoire, déterminer si l'organisme public a bien **exercé sa discrétion** de rejeter ou non la soumission;
 - b. Si c'est une exigence essentielle, déterminer si la soumission est grevée d'un **vice majeur** ou d'un **vice mineur**.

La démarche que nous exposons offre l'avantage de distinguer entre les caractéristiques contractuelles des documents d'appel d'offres, d'une part, et la gravité des vices qui se trouvent dans les soumissions, d'autre part. Cette démarche incorpore également certains critères de révision judiciaire lorsque le droit public est applicable. La première étape est actuellement gérée par le test de l'arrêt *Tapitec*, alors que la seconde consiste en une proposition originale que nous décrirons plus en détail ci-dessous.

Puisque la conformité d'une soumission dépend à la fois du cadre normatif, de la formulation des exigences des documents d'appel d'offres

et de la nature exacte du vice apparaissant à la soumission, l'analyse de conformité devra être faite au cas par cas, et il ne pourra que rarement être présumé qu'une exigence considérée comme essentielle ou accessoire dans un jugement antérieur le sera toujours dans des circonstances différentes²⁸.

A. Première étape : S'agit-il d'exigence essentielle ou accessoire de l'appel d'offres?

La détermination du caractère essentiel ou accessoire de l'exigence formulée dans les documents d'appel d'offres devrait être la première étape de la démarche d'analyse de conformité, mais non la seule. Cette étape est gouvernée au premier chef par le contenu du contrat « A ».

Comme les clauses des documents d'appel d'offres définissent le contrat « A », la détermination du caractère essentiel ou accessoire d'une exigence particulière est souvent, lorsque les termes de la loi ou les modalités du contrat ne sont pas déterminatifs quant à cette question, une question d'interprétation de ce contrat, tâche qui revient en dernier lieu au juge et non à l'une ou l'autre des parties. Voici ce que disait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense 1951 ltée* :

54 L'intimée allègue qu'elle était de bonne foi lorsqu'elle a considéré la soumission de SoroChan comme conforme, mais ce n'est pas une défense dans une action pour rupture de contrat : cela revient à dire que parce qu'elle a pensé qu'elle avait interprété correctement le contrat, elle ne peut commettre de manquement. Le fait d'agir de bonne foi ou le fait de penser avoir interprété correctement le contrat ne constituent pas des moyens de défense valables dans une action pour rupture de contrat²⁹.

²⁸ Sur cette question, voir Marco RIVARD, préc., note 10, préface.

²⁹ *M.J.B. Enterprises*, préc., note 7. La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Bau Québec ltée c. Ste-Julie (Ville)*, [1999] R.J.Q. 2650 (C.A.), a approuvé cet aspect de la décision de la Cour suprême dans le contexte québécois : « Le fait d'avoir agi de bonne foi en croyant interpréter correctement la soumission de Valgeau ne saurait constituer une défense à l'action de l'appelante » (par. 33). Au même effet, voir la dissidence du juge Giroux dans l'arrêt *Raby*, 2008 QCCA 1830, par. 53.

L'organisme public adjudicateur n'a donc que peu ou pas de discrétion puisque la détermination du caractère essentiel ou accessoire d'une exigence des documents d'appel d'offres découle du contrat « A ». Or, la nature contractuelle de l'appel d'offres, telle que l'a déterminée la Cour suprême dans l'arrêt *M.J.B. Enterprises*, fait en sorte que l'organisme public ne dispose d'aucune marge discrétionnaire au moment de l'interprétation des documents; tout au plus peut-il se réserver une certaine marge de manœuvre à même les documents d'appel d'offres à l'aide de la clause de réserve³⁰ ou d'exigences habilement formulées. Placé dans le contexte d'un appel d'offres en bonne et due forme, un organisme public ne dispose pas plus de discrétion que n'importe quelle partie privée qui tente d'interpréter la nature de ses obligations contractuelles³¹.

Les dispositions de droit commun du *Code civil du Québec*³² pourront guider les parties et, éventuellement, le juge dans l'interprétation du contrat « A ». Étant donné que les documents d'appel d'offres constituent habituellement les clauses du contrat « A », et que ces documents sont préparés unilatéralement par l'organisme public adjudicateur, le contrat « A » est souvent considéré comme un contrat d'adhésion³³. Dans de tels cas, le contrat « A » devra être interprété en faveur de l'adhérent³⁴, c'est-à-dire des soumissionnaires conformes³⁵. Il faudra toutefois être prudent pour ne pas

³⁰ La clause de réserve (à savoir que l'organisme public ne s'engage à accepter aucune des soumissions reçues) qui se trouve habituellement dans les documents d'appel d'offres donne à l'organisme public adjudicateur la discrétion nécessaire pour n'accorder le contrat à aucun entrepreneur, ce qui peut mener à la publication d'un nouvel appel d'offres avec des exigences différentes. Voir, par exemple, l'arrêt 9153-5955 *Québec inc. c. St-Liguori (Municipalité de)*, 2015 QCCS 4378, par. 52.

³¹ Il est toutefois possible que la discrétion aménagée par la clause de réserve soit interprétée différemment par les tribunaux lorsque cette clause est imposée par la réglementation applicable.

³² Voir les articles 1425 à 1432 *Code civil du Québec*.

³³ *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, [1999] R.J.Q. 929.

³⁴ *Code civil du Québec*, RLRQ c. CCQ-1991, art. 1432 (ci-après « C.c.Q. »).

³⁵ Un contrat « A » existe entre l'organisme public adjudicateur et chaque soumissionnaire dont l'offre est conforme : *M.J.B. Enterprises*, préc., note 7.

interpréter une clause en faveur d'un seul soumissionnaire au détriment des autres qui ont, eux aussi, déposé une soumission conforme.

Il existe plusieurs indices permettant de déterminer avec plus ou moins de certitude le caractère essentiel ou accessoire d'une exigence des documents d'appel d'offres. Nous les décrivons ci-dessous par ordre décroissant de certitude.

1. Les dispositions d'ordre public et l'intégrité du processus

Certaines exigences du contrat « A » sont considérées comme étant d'ordre public et sont donc nécessairement des exigences essentielles des documents d'appel d'offres. Ces exigences ne se prêtent nécessairement pas à un exercice d'interprétation de l'intention des parties.

La loi, les règlements ou d'autres normes juridiques peuvent forcer les organismes publics à inclure certaines exigences dans les documents d'appel d'offres. Par exemple, l'article 7 (1) 1^o du *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*³⁶ exige qu'une soumission qui n'a pas été déposée dans les délais soit automatiquement rejetée. Dans un tel cas, l'exigence des documents d'appel d'offres indiquant la date limite de réception des soumissions doit être considérée comme étant d'ordre public et, en conséquence, essentielle. Il en sera de même si des autorisations ministérielles particulières sont requises en vertu d'une loi³⁷, ou lorsque les règlements applicables exigent que les soumissionnaires joignent à leur soumission une attestation de Revenu Québec³⁸.

De plus, certaines exigences des documents d'appel d'offres auront eu pour effet de limiter la concurrence. Par exemple, dans l'arrêt *Tapitec*, une exigence des documents d'appel d'offres faisait en sorte de restreindre la concurrence aux seules entreprises en activité depuis au moins cinq ans au Québec. Comme cette clause avait vraisemblablement découragé diverses entreprises, elle devait être considérée comme une exigence

³⁶ *Règlement sur certains contrats de services des organismes publics*, préc., note 4.

³⁷ *Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, 2008 QCCA 2329, par. 29-32.

³⁸ *Option Métal Recyclé du Québec c. Hydro-Québec*, 2017 QCCS 429, par. 60.

essentielle de l'appel d'offres, car le fait d'ignorer cette exigence à l'étape de l'évaluation de la conformité affecterait l'intégrité même du processus d'appel d'offres³⁹; en effet, s'ils avaient su qu'une telle exigence serait considérée comme accessoire, d'autres soumissionnaires auraient peut-être tenté leur chance. Un organisme public désireux de passer outre à une telle exigence devrait donc plutôt considérer le rejet de toutes les soumissions (grâce à la clause de réserve), puis la publication d'un nouvel appel d'offres dans lequel la clause en question serait modifiée, dans le but d'obtenir davantage de soumissions répondant aux exigences. Ce sont les cours de justice qui décident ultimement lesquelles constituent des exigences d'ordre public.

Au bout du compte, l'imposition de la procédure d'appel d'offres aux organismes publics vise des fins d'intérêt public et la promotion de la saine gestion du contrat. Un mécanisme intègre d'appel d'offres assure non seulement une mise en concurrence efficace des cocontractants de l'État (et donc, en principe, un meilleur prix et l'épargne de fonds publics), mais également un mécanisme fiable pour éviter le favoritisme⁴⁰. Ainsi, les clauses d'un appel d'offres qui participent à l'un ou l'autre de ces objectifs contribuent à l'intégrité du processus et pourraient, en conséquence, être considérées comme étant d'ordre public.

2. La formulation des exigences et l'intention des parties

Les obligations réciproques des parties à l'appel d'offres (l'organisme public adjudicateur et les soumissionnaires) existent en vertu du contrat « A ». Par conséquent, la nature et la portée exactes de ces obligations dépendent de la formulation des exigences des documents d'appel d'offres. Par exemple, ceux-ci prévoient souvent expressément que des clauses précises doivent être considérées comme essentielles ou que les soumissions qui ne respectent pas ces exigences seront « automatiquement rejetées⁴¹ ». Au contraire, les documents d'appel d'offres peuvent également prévoir que

³⁹ *Tapitec*, préc., note 13, par. 19 et 37.

⁴⁰ Voir P. GIROUX et D. LEMIEUX, préc., note 20.

⁴¹ Voir l'arrêt *Entreprises Marchand & Frères inc. c. Société d'énergie de la Baie James*, 2011 QCCA 1218.

l'organisme public pourra permettre aux soumissionnaires de corriger des erreurs ou que l'organisme public conservera une certaine discrétion pour adjuger le contrat malgré une non-conformité à l'égard de certaines exigences⁴². Dans ce cas, les exigences ainsi indiquées auront un caractère accessoire (à moins qu'elles ne relèvent de l'ordre public, auquel cas une telle stipulation dans les documents d'appel d'offres serait nulle⁴³).

Dans ce contexte, une attention particulière doit être accordée à l'intention première de l'organisme public dans les documents d'appel d'offres puisque c'est ce dernier qui aura rédigé les documents d'appel d'offres, habituellement de manière unilatérale. Ce fait emporte une double conséquence. Premièrement, ainsi que nous l'avons mentionné ci-dessus, les exigences du contrat « A » seront habituellement considérées comme faisant partie d'un contrat d'adhésion⁴⁴, ce qui suppose que les clauses abusives, externes ou illisibles pourront être annulées par le tribunal⁴⁵. Deuxièmement, en cas de doute, le contrat doit s'interpréter en faveur du soumissionnaire⁴⁶, mais la prudence est alors de rigueur car, comme nous l'avons indiqué plus haut, le contrat doit être interprété en faveur de tous les soumissionnaires, y compris ceux qui ne contestent pas son application devant les tribunaux.

Par ailleurs, les obligations convenues au contrat « A » ne se limitent pas à ce qui y est exprimé expressément. Comme tout contrat, le contrat

⁴² Par exemple, dans l'arrêt *EBC inc. c. Ville de Montréal*, 2017 QCCS 5480, par. 4, une clause des documents d'appel d'offres prévoyait ceci : « S'il est de l'intérêt de la Ville, elle peut passer outre à tout vice ou défaut que peut contenir la soumission et permettre, à sa discrétion, à tout soumissionnaire de corriger sa soumission dans la mesure où cette correction n'affecte pas le prix de sa soumission, sous réserve de ce qui est prévu à l'article 1.1.4. »

⁴³ C.c.Q., art. 1373 (2).

⁴⁴ *Régie d'assainissement des eaux du bassin de la Prairie c. Janin Construction (1983) ltée*, préc., note 33.

⁴⁵ Voir, par exemple, l'arrêt *3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal*, 2008 QCCA 722, par. 52-54.

⁴⁶ C.c.Q., art. 1432.

de soumission peut comporter des obligations implicites⁴⁷, découlant de « sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi⁴⁸ ».

3. L'égalité entre les soumissionnaires, l'incidence sur le prix et l'effet sur la concurrence

Pour que la procédure d'adjudication réponde effectivement à la définition d'un appel d'offres, une des conditions (habituellement implicite) du contrat « A » doit porter sur le fait que le donneur d'ouvrage s'engage à évaluer les soumissions de manière équitable et uniforme⁴⁹. Une exigence s'avère donc nécessairement essentielle si elle peut avoir un impact sur l'égalité entre les soumissionnaires :

Pour qualifier une irrégularité de mineure ou de majeure, le facteur déterminant est celui de l'égalité des soumissionnaires. L'irrégularité ne doit pas avoir d'effet sur le prix de la soumission; elle ne doit pas avoir rompu l'équilibre entre les soumissionnaires, l'un des principes directeurs en matière d'adjudication de contrat par voie de soumissions publiques⁵⁰.

Toute exigence qui se révèle nécessaire pour que les soumissionnaires soient en mesure de préparer leur soumission (par exemple, sur laquelle ils doivent s'appuyer afin de faire leurs calculs), ou qui est indispensable en vue de faciliter une comparaison utile des soumissions, constitue donc une exigence essentielle. Cela inclut également

⁴⁷ Le contrat « A » comporte notamment des obligations implicites pour l'organisme public adjudicateur de n'accepter qu'une soumission conforme et de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité : *M.J.B. Enterprises*, préc., note 7; *Martel Building Ltd. c. Canada*, préc., note 7.

⁴⁸ C.c.Q., art. 1434.

⁴⁹ La Cour suprême, dans l'arrêt *Martel Building Ltd. c. Canada*, préc., note 7, par. 88, a conclu qu'il existe une « obligation implicite d'évaluer les soumissions de façon équitable et uniforme », et ce, aux fins de « l'efficacité commerciale de la procédure d'appel d'offres ».

⁵⁰ *RPM Tech*, préc., note 16, par. 28.

les exigences qui peuvent avoir eu pour effet de décourager des soumissionnaires potentiels⁵¹.

En conséquence, seront généralement considérées comme des exigences essentielles des documents d'appel d'offres celles qui pourraient avoir un impact sur le prix des soumissions. En effet, étant donné que l'organisme public peut éventuellement renoncer à une exigence accessoire de l'appel d'offres, celle-ci ne saurait influencer le prix de la soumission sans rompre l'égalité entre les soumissionnaires parce que ceux-ci, s'ils avaient su que l'organisme public renoncerait à telle exigence, auraient pu adapter leur soumission en conséquence. Par exemple, un organisme public qui renoncerait à une exigence touchant une norme relative à la qualité d'un produit (comme une norme ISO ou édictée par le Bureau de normalisation du Québec) désavantagerait inmanquablement les soumissionnaires qui ont respecté les documents d'appel d'offres, tenu compte de cette exigence dans leurs calculs⁵² et augmenté ainsi le prix de leur soumission. De plus, des personnes qui n'ont pas soumissionné l'auraient peut-être fait si elles avaient su que l'organisme public renoncerait à une exigence à laquelle elles ne pouvaient pas se conformer.

B. Seconde étape : La révision de l'exercice de la discrétion ou la caractérisation du vice

La seconde étape du processus d'évaluation de la conformité dépend de la qualification du caractère essentiel ou accessoire de l'exigence. Si cette dernière est accessoire, il faut s'interroger sur la légalité de l'exercice de la discrétion de l'organisme public d'abandonner cette exigence ou non; si elle s'avère essentielle, on se doit d'identifier la nature du vice (mineur ou majeur) dont la soumission est grevée.

⁵¹ Voir notamment l'article 2 (1) 3° de la LCOP, qui promeut « la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics ». Voir aussi l'arrêt *Tapitec*, préc., note 13, par. 33.

⁵² Voir, par exemple, l'arrêt *Produits Delta Victo ltée c. Ed Brunet et Associés Canada inc.*, 2006 QCCQ 13427.

1. L'exigence accessoire : l'organisme public a-t-il bien exercé sa discrétion?

Si l'offre la plus basse fait défaut de remplir une exigence accessoire des documents d'appel d'offres, l'organisme public est aux prises avec un dilemme. Peut-il simplement passer outre à cette exigence? Doit-il permettre au soumissionnaire de corriger son erreur? Ou devrait-il plutôt rejeter la soumission?

La réponse dépend du contexte factuel et de l'intention de l'organisme public. Si l'organisme adjudicateur était une partie privée, il aurait pleine discrétion pour décider s'il était dans son intérêt personnel de retenir ou de rejeter la soumission. L'organisme public est toutefois soumis à des règles de droit public et est ici placé devant diverses questions de fait qu'il a le devoir d'évaluer au cas par cas. Comme l'exigence des documents d'appel d'offres n'est qu'accessoire, l'organisme public adjudicateur devrait pouvoir choisir parmi plusieurs issues possibles acceptables, et son choix devrait être exercé judicieusement – pour ne pas dire raisonnablement⁵³. L'exercice de ce pouvoir décisionnel par un organisme public, même dans le contexte de l'exécution d'un contrat, constitue alors un pouvoir discrétionnaire.

Comme tout autre pouvoir discrétionnaire, l'exercice de ce pouvoir sera soumis aux règles de droit administratif relatives à l'action administrative – le pouvoir discrétionnaire devra notamment être exercé au cas par cas, et dans le respect de la règle d'égalité de traitement⁵⁴. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, l'organisme public devrait toutefois prendre en considération les éléments suivants et présumer que :

⁵³ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65.

⁵⁴ Voir Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 258 et suivantes.

- le respect des lois et des règlements est dans l'intérêt public⁵⁵;
- le fait de retenir l'offre la plus basse préserve les fonds publics et est dans l'intérêt des contribuables⁵⁶;
- l'intérêt public commande la saine gestion des contrats publics⁵⁷.

Un soumissionnaire injustement évincé pourrait quand même intenter un recours contre l'organisme public adjudicateur s'il démontrait que celui-ci a agi de mauvaise foi à son égard. Ce sera alors un recours pour bris du contrat « A », sur la base de l'article 1458 C.c.Q. Tel recours n'aura pas nécessairement à inclure des conclusions relevant du pourvoi en contrôle judiciaire⁵⁸. Si les délais le permettent, il pourrait également être question d'intenter un pourvoi en contrôle judiciaire pour exiger le réexamen de l'exercice de la discrétion par l'organisme public⁵⁹.

2. L'exigence essentielle : est-ce un vice mineur ou majeur?

La situation devient plus complexe lorsque l'offre la plus basse n'est pas conforme quant à une exigence essentielle des documents d'appel d'offres. Si l'on accepte la prémisse de notre article, à savoir que le tribunal doit se pencher tant sur le caractère essentiel ou accessoire de l'exigence que sur la nature mineure ou majeure du vice, il en découle que l'organisme public adjudicateur n'est pas toujours dans l'obligation de rejeter une soumission non conforme quant à une exigence essentielle. Il n'aura à le faire que si elle présente un vice majeur quant à une exigence essentielle de

⁵⁵ Voir notamment l'arrêt *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2000 CSC 57, par. 9.

⁵⁶ Voir notamment : *Ville de Rimouski*, préc., note 13, par. 30, 89 et 121; *Savoir-Faire Linux inc. c. Régie des rentes du Québec*, 2009 QCCS 6612, par. 188; *CML Entrepreneur général inc. c. Ville de Val-d'Or*, 2017 QCCS 2834, par. 15; *Sky Jet MG inc. c. Centre intégré de santé et de services sociaux de la Côte-Nord*, 2017 QCCS 6046, par. 99.

⁵⁷ LCOP, art. 2 et 14. Voir également les commentaires sous la rubrique « L'intérêt public », dans Pierre GIROUX, Denis LEMIEUX et Nicholas JOBIDON, *Contrats des organismes publics – Loi commentée*, 2^e éd., Brossard, CCH, 2013, p. 105.

⁵⁸ *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62.

⁵⁹ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 529.

l'appel d'offres. La détermination de la nature mineure ou majeure du vice s'avère donc fondamentale pour apprécier le bien-fondé d'un recours éventuel par un soumissionnaire évincé.

L'arrêt *Ville de Rimouski*, dont les faits sont relatés plus haut, constitue un excellent exemple de situation où il aurait été dans l'intérêt public de passer outre à un vice mineur quant à une exigence essentielle. Dans cette affaire, la Cour d'appel aurait pu considérer que l'exigence des documents d'appel d'offres relative à la présentation d'un cautionnement de 150 000 \$ était une exigence essentielle. Toutefois, puisque le cautionnement présenté par le soumissionnaire Structures GB présentait « un simple écart de 9 517 \$⁶⁰ » par rapport au montant exigé, ce n'était qu'un vice mineur, et la Ville de Rimouski aurait pu, en conséquence, octroyer le contrat à ce soumissionnaire malgré la non-conformité. Si, par hypothèse, la soumission de Structures GB n'avait comporté aucun cautionnement valable, telle omission aurait constitué un vice majeur quant à une exigence essentielle, et la Ville n'aurait pas eu la possibilité de retenir ladite soumission⁶¹.

À partir du même exemple, nous pouvons imaginer tout un continuum de vices possibles dans la soumission. Serait-il toujours question d'un vice mineur si le cautionnement avait accusé un écart de 20 000, de 50 000 ou de 100 000 \$ par rapport au montant exigé? Comment établir la démarcation entre les vices majeurs ou mineurs? À qui revient cette responsabilité? Est-ce une question d'interprétation contractuelle par le tribunal ou d'exercice de pouvoir discrétionnaire par l'organisme public?

Contrairement au caractère essentiel ou accessoire des documents d'appel d'offres, pure question d'interprétation contractuelle relevant du juge (et non du décideur administratif qu'est l'organisme public), la nature mineure ou majeure du vice représente l'écart entre l'offre d'un entrepreneur et l'intention exprimée (et cristallisée dans les documents d'appel d'offres) par l'organisme public adjudicateur. La détermination de la nature mineure ou majeure du vice a un impact sur les attentes légitimes des soumissionnaires, et sur les promesses contractuelles faites par

⁶⁰ *Ville de Rimouski*, préc., note 13, par. 36.

⁶¹ *Id.*

l'organisme public, en vertu des autres contrats « A », c'est-à-dire des contrats « A » liant l'organisme public et les soumissionnaires autres que celui dont la soumission est grevée d'une non-conformité quant à une exigence essentielle. La nature mineure ou majeure du vice dépend donc entièrement de l'engagement pris par l'organisme public de ne donner le contrat qu'à un soumissionnaire dont l'offre est conforme, de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité et de respecter les principes de l'appel d'offres de manière à assurer à chaque concurrent une chance égale de succès. En principe, la nature mineure ou majeure du vice ne dépend donc pas des modalités du contrat « A » liant l'organisme public adjudicateur au soumissionnaire non conforme, mais plutôt des modalités du contrat « A » le liant aux autres soumissionnaires.

En d'autres mots, l'organisme public adjudicateur est débiteur de diverses prestations en vertu des contrats « A » conclus avec tous les soumissionnaires conformes (mais seulement avec ces derniers). En cas de défaut par l'organisme public de s'acquitter de ses obligations à l'égard de ses créanciers (les soumissionnaires conformes), il revient à ceux-ci d'en exiger l'exécution. En théorie, c'est donc au créancier, soumissionnaire dont l'offre est conforme qui aurait dû obtenir le contrat, que revient la responsabilité de déterminer s'il est en présence d'un vice mineur ou majeur. En pratique, lorsque le créancier se prévaut de son droit à l'exécution de l'obligation par l'organisme public⁶², il reviendra au tribunal de déterminer si, en effet, l'inexécution par l'organisme public se révèle suffisamment grave pour considérer que celui-ci ne s'est pas déchargé « entièrement » de son obligation⁶³, c'est-à-dire si l'organisme public a effectivement passé outre

⁶² C.c.Q., art. 1590.

⁶³ En matière d'exécution du contrat « A », le recours le plus usité pour un soumissionnaire est l'exécution par équivalent à l'aide d'un recours en dommages-intérêts pour perte de profits. La situation du contrat « A » ne se prête pas à une résolution du contrat et à l'application de l'article 1604 C.c.Q., car l'organisme public ne peut pas avoir partiellement respecté ses obligations de donner le contrat à un soumissionnaire dont l'offre est conforme, tout en ayant respecté l'égalité entre les soumissionnaires.

à un vice majeur quant à une exigence essentielle et a commis de ce fait une faute contractuelle au sens de l'article 1458 C.c.Q.⁶⁴

À noter toutefois que les exigences des appels d'offres n'appellent pas elles-mêmes une qualification quant à leur intensité (obligation de résultat ou de moyen). Les soumissions constituent des offres faites en réponse à un appel d'offres par l'organisme public adjudicateur. Même si l'appel d'offres demande des offres qui correspondent à certains critères, les soumissionnaires n'ont aucune obligation, contractuelle ou autre, de déposer des soumissions conformes ou qui répondent en tous points aux exigences de l'appel d'offres. Les soumissionnaires sont libres de déposer une soumission qui propose une solution alternative, et qui est donc délibérément non conforme à l'appel d'offres⁶⁵, ou même, en théorie, de déposer une soumission humoristique qui ne répondrait aucunement aux besoins de l'organisme public, et ce, sans encourir de responsabilité civile⁶⁶. Il ne saurait donc être question de déterminer si les documents d'appel d'offres créaient une obligation de moyen ou de résultat pour les soumissionnaires, par exemple, de déposer un cautionnement d'un montant suffisant.

La question que doit se poser le tribunal n'est donc pas la suivante : « Le soumissionnaire a-t-il répondu à ses obligations dans sa soumission ? » Il doit plutôt envisager la situation ainsi : « L'offre contenue dans la soumission répond-elle aux exigences (essentiels) exprimées par l'organisme public dans ses documents d'appel d'offres, de telle sorte qu'en retenant cette offre l'organisme public a respecté son obligation contractuelle, en

⁶⁴ Cette obligation est formulée de manière éloquent dans l'affaire *Télécommunications Xittel inc. c. Commission scolaire Pierre-Neveu*, 2008 QCCS 972 (appel rejeté C.A. 2010-01-28, 500-09-018558-080), par. 18 : « Il faut donc, pour que la conduite du maître d'œuvre constitue une faute, qu'il y ait violation des règles d'attribution que la Commission scolaire s'impose en lançant son appel d'offres. » Le jugement ne fait toutefois pas référence à l'article 1458 C.c.Q.

⁶⁵ Un soumissionnaire pourrait déposer une offre délibérément non conforme dans le but, par exemple, d'obtenir que l'organisme public procède à un nouvel appel d'offres avec des exigences remaniées. Voir l'arrêt *Centre Routier inc. c. St-Luc de Matane (Municipalité)*, J.E. 92-513 (C.S.).

⁶⁶ Il est en théorie envisageable que le dépôt d'une telle soumission constitue une faute au sens de l'article 1457 C.c.Q.

vertu du contrat « A », de n'octroyer le contrat qu'à un soumissionnaire dont l'offre est conforme et de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité? »

En conséquence, dans l'appréciation de l'existence d'une faute contractuelle commise par l'organisme public adjudicateur au moment de la qualification de la nature mineure ou majeure d'un vice quant à une exigence essentielle de l'appel d'offres, le tribunal pourra prendre en considération les trois éléments présentés ci-dessous, sans ordre particulier et de manière non exhaustive.

a. La gravité de l'erreur quant à l'exigence des documents d'appel d'offres

L'analyse à cette étape est plutôt centrée sur l'étude de la soumission et de son écart par rapport aux exigences de l'appel d'offres : il faut ici calculer, en quelque sorte, la distance qui sépare l'exigence incluse dans le devis et l'offre présentée dans la soumission. Une distance plus grande est un indice qu'il s'agit d'un vice majeur.

Une absence complète de réponse quant à une exigence essentielle est nécessairement un vice majeur, tandis qu'une différence moindre pourrait être l'indice d'un vice mineur. Pour que le vice soit considéré comme mineur, la soumission doit par ailleurs être conforme « pour l'essentiel⁶⁷ », c'est-à-dire qu'elle doit répondre aux considérations qui ont justifié l'inclusion de cette clause dans les documents d'appel d'offres. À titre d'illustration, dans l'arrêt *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville d')*, la juge Charron, au nom des quatre juges dissidents sur la question de la responsabilité de la Ville quant à la vérification de l'information de la soumission, a estimé qu'une soumission qui proposait une déneigeuse qui datait de 1979 était non conforme pour l'essentiel aux documents d'appel d'offres qui exigeaient des déneigeuses de 1980 ou plus récentes, puisque la Ville avait inclus cette exigence parce qu'elle « savait par expérience que les modèles plus vieux avaient tendance à tomber en panne plus souvent⁶⁸ ».

⁶⁷ *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville d')*, préc., note 12, par. 109 et 110 (j. Charron, dissidence).

⁶⁸ *Id.*, par. 111.

Comme le tribunal évalue l'existence d'une faute contractuelle de la part de l'organisme public adjudicateur, il devra obligatoirement tenir compte des attentes des soumissionnaires avec qui l'organisme avait un contrat « A » valide, notamment en fonction des usages dans le domaine des soumissions. Par exemple, la Cour d'appel dans l'arrêt *Ville de Rimouski* a pris en considération le fait qu'il est d'usage dans l'industrie de demander un cautionnement de 10 p. 100 du prix de la soumission pour déterminer que le vice quant au montant du cautionnement était mineur⁶⁹ et que cet usage influe nécessairement sur les attentes des soumissionnaires. Dans cette étude des attentes des soumissionnaires, le tribunal pourra également considérer le comportement antérieur de l'organisme public adjudicateur⁷⁰, car ses agissements auront pu avoir un impact sur les attentes des soumissionnaires.

b. La possibilité pour le soumissionnaire de corriger son erreur

Un autre indice pertinent pour déterminer la nature mineure ou majeure d'une non-conformité quant à une exigence essentielle de l'appel d'offres est le caractère rectifiable de l'erreur, lorsque cette correction ne causerait pas préjudice aux autres soumissionnaires. En effet, puisqu'à cette étape il a déjà été déterminé que le vice porte sur une exigence essentielle de l'appel d'offres, et que l'organisme public ne peut passer outre à une telle exigence, l'acceptation d'une soumission affublée d'un vice mineur revient souvent à permettre au soumissionnaire de corriger le vice, que ce soit séance tenante ou à un moment ultérieur.

Ainsi, dans l'arrêt *R.P.M. Tech inc. c. Gaspé (Ville de)*, la Cour d'appel s'est montrée favorable à la décision de la Ville de Gaspé de permettre au soumissionnaire qui avait présenté l'offre la plus basse d'apporter des modifications techniques à une souffleuse afin que celle-ci puisse se conformer à l'exigence essentielle de performance prévue dans les documents

⁶⁹ *Ville de Rimouski*, préc., note 13, par. 44 et 87.

⁷⁰ Voir l'affaire *Bouffard Sanitaire inc. c. Avignon (Municipalité régionale de comté d')*, 2015 QCCS 5263; confirmé en appel dans l'arrêt *Municipalité régionale de comté d'Avignon c. Bouffard Sanitaire inc.*, 2017 QCCA 912. Voir aussi C.c.Q., art. 1426.

d'appel d'offres, soit la capacité de souffler 20 000 pieds cubes de neige par minute⁷¹.

Un autre exemple de vice mineur rectifiable est le cas des simples erreurs matérielles ou mathématiques dans une soumission. Par exemple, une erreur dans un taux unitaire qui n'a pas eu d'impact sur le prix ultime d'une soumission (et donc sur l'ordre des soumissionnaires) peut être corrigée⁷². La règle d'or en ce qui a trait à la correction de ce type d'erreur est que les modifications sont généralement permises pour rendre les informations apparaissant dans la soumission conformes à la réalité. Ainsi, en certains cas, la correction d'erreurs pourrait même avoir un impact sur le prix et sur l'ordre des soumissionnaires; un formalisme trop rigoureux à cet égard irait à l'encontre du principe en droit des marchés publics voulant que la procédure d'appel d'offres serve à épargner les fonds publics⁷³.

Dans le respect de cette règle d'or, en certains cas, l'organisme public adjudicateur pourrait être en mesure de corriger ce type d'erreurs lui-même, surtout lorsque la situation peut s'expliquer par des instructions confuses ou incomplètes dans les documents d'appel d'offres remis au soumissionnaire. Il en a été ainsi dans un cas où une entreprise avait, par inadvertance, interverti les enveloppes pour ses soumissions en réponse à deux appels d'offres distincts publiés par la Ville de Granby, et dont l'ouverture était prévue le même jour. Bien qu'il n'existe aucun doute que le dépôt d'une soumission au bon endroit et en réponse au bon appel d'offres soit une exigence essentielle de l'appel d'offres⁷⁴, la Ville s'est aperçue de

⁷¹ Gaspé, préc., note 16, par. 13.

⁷² Voir notamment l'arrêt *Excavation Unibec inc. c. Girardville (Municipalité de)*, 2015 QCCA 101.

⁷³ *Cosoltec inc. c. Pointe-Claire (Ville de)*, 2013 QCCS 2967, par. 75 : « Il est dans l'intérêt public de permettre à une ville de corriger de simples erreurs mathématiques dans les soumissions déposées à la suite d'un appel d'offres, et ce, même si ces corrections ont pour effet de changer l'ordre des soumissionnaires ». En fonction de la rédaction des documents d'appel d'offres, l'organisme public pourrait être dans l'obligation d'apporter certaines corrections aux soumissions : *Bau Québec ltée c. Ste-Julie (Ville)*, [1999] R.J.Q. 2650 (C.A.).

⁷⁴ P. GIROUX et D. LEMIEUX, préc., note 20. Voir aussi les règlements d'application de la LCOP, qui prévoient expressément ces exigences et en font donc des exigences d'ordre public.

l'erreur lors de l'ouverture des appels d'offres : elle a alors spontanément décidé de tenir compte des soumissions dans le contexte des appels d'offres pour lesquels celles-ci avaient été préparées, plutôt que pour ceux pour lesquels lesdites soumissions avaient été déposées. La Cour supérieure a accepté cette façon de procéder par la Ville⁷⁵.

Un autre exemple de vice susceptible d'être corrigé concerne les exigences relatives au dépôt ou à la signature de documents préalablement à l'ouverture des soumissions. Par exemple, il a été jugé qu'une soumission qui n'incluait pas l'attestation de Revenu Québec exigée par règlement (exigence essentielle parce qu'elle est d'ordre public) n'est pas nécessairement non conforme s'il s'agit d'une erreur faite de bonne foi qui n'a pas d'impact sur le prix, dans la mesure où le soumissionnaire peut remédier à cette lacune⁷⁶.

Un soumissionnaire ne peut jamais corriger des erreurs dans sa soumission dans les cas où il pourrait, de ce fait, mettre à profit des informations additionnelles obtenues lors de l'ouverture des soumissions ou après celle-ci, car cette façon de procéder briserait l'équité entre les soumissionnaires. Il ne faut pas non plus permettre à un soumissionnaire de décider s'il modifiera sa soumission ou non, au vu des prix déposés par les autres soumissionnaires. Par exemple, devrait-on autoriser un soumissionnaire à signer formellement sa soumission après l'ouverture des soumissions? Dans l'arrêt *Mercier c. Raby*, la majorité de la Cour d'appel avait considéré que l'absence de signature était un vice mineur qui pouvait être corrigé séance tenante lors de l'ouverture des soumissions⁷⁷; le juge Giroux, dissident, considérerait plutôt que cette façon de faire portait atteinte à l'équité entre les

⁷⁵ *Bertrand Ostiguy inc. c. Ville de Granby*, 2018 QCCS 17.

⁷⁶ *Sécurité BSL ltée c. Cégep de Rimouski*, 2011 QCCS 3434, par. 53 et 62, dans le contexte où l'organisme public adjudicateur avait lui-même omis de préciser cette exigence dans ses documents d'appel d'offres.

⁷⁷ *Raby*, préc., note 15, par. 15, 17 et 26.

soumissionnaires⁷⁸ dans la mesure où celui-ci aurait pu alors décider de donner suite à sa soumission ou non⁷⁹.

c. Le risque de préjudice aux autres soumissionnaires

Un vice doit être considéré comme majeur si le fait de l'ignorer causerait préjudice aux autres soumissionnaires, car l'organisme public ferait alors défaut à son obligation de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité et commettrait dès lors une faute contractuelle à leur égard au sens de l'article 1458 C.c.Q.⁸⁰ À noter qu'il n'est pas question ici de juger si l'exigence des documents d'appel d'offres risque de faire jouer le critère de l'égalité entre les soumissionnaires (l'expression du critère d'équité a déjà été prise en considération plus haut, au moment de la détermination du caractère essentiel ou accessoire de l'exigence), mais plutôt de préciser s'il est impossible pour l'organisme public d'accepter une soumission grevée d'un vice sans contrevenir à son obligation contractuelle de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité.

Ainsi, il ne faudrait pas considérer que le même vice est mineur quand il émane d'un certain soumissionnaire, mais majeur quand il se rattache à un autre. Un organisme public qui permet à un soumissionnaire de modifier sa soumission, par exemple, devrait autoriser tous les soumissionnaires à faire de même⁸¹, du moins pour une exigence identique ou des exigences similaires; le même vice qui apparaît dans deux soumissions doit être traité de manière uniforme par l'organisme public⁸². En outre, celui-ci ne devrait pas faire preuve de favoritisme, par exemple en étant davantage strict ou permissif envers une entreprise qu'envers une autre :

⁷⁸ *Id.*, par. 51. Le juge Giroux était plutôt d'avis qu'il ne devrait exister aucune possibilité pour les soumissionnaires de corriger leur soumission après la date limite d'ouverture (par. 56-59).

⁷⁹ Voir aussi l'arrêt *3469051 Canada inc. c. Hôpital juif de réadaptation*, 2009 QCCA 880, par. 40.

⁸⁰ En d'autres mots, il faudra voir si l'organisme public a « honoré les engagements qu'il a contractés » : Frédéric LÉVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 557.

⁸¹ Voir, par analogie, l'arrêt *3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal*, préc., note 45.

⁸² *9078-7607 Québec inc. c. Colombier (Municipalité de)*, 2016 QCCA 1913, par. 6.

Mais, ici, [la Ville] a manifesté un rigorisme surprenant, à la lumière des arrêts précités de notre Cour, en ce qui concerne le plus bas soumissionnaire, alors que, par la suite, elle a su faire preuve d'une grande souplesse à l'égard des deuxième et troisième plus bas soumissionnaires. Or, elle avait l'obligation de traiter tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité. Dans la mesure où elle était prête à permettre à deux des soumissionnaires de clarifier leur soumission en temps utile avant la décision du Conseil, je suis d'avis qu'elle devait accorder la même opportunité à l'intimée, et ainsi respecter la règle du plus bas soumissionnaire⁸³.

Cela équivaut à un traitement de faveur qui va à l'encontre des obligations contractuelles de l'organisme public relatives à l'équité entre les soumissionnaires et qui porte atteinte également aux principes fondamentaux du droit des marchés publics.

Cette obligation générale ne veut toutefois pas dire que tous les vices doivent être traités également – deux vices différents pouvant être traités différemment. Il est possible qu'un vice apparaissant dans une soumission soit alors mineur, tandis qu'un autre sera majeur. L'organisme public adjudicateur, pour respecter son obligation d'équité envers les soumissionnaires, n'est pas obligé de déclarer mineurs tous les vices dès lors qu'une seule soumission comporte un tel vice. Du reste, l'organisme public n'aurait pas le pouvoir de considérer un vice majeur comme mineur pour ainsi être en mesure d'y passer outre.

Finalement, le tribunal pourra aussi étudier l'impact à venir du vice sur l'exécution éventuelle du contrat. Le fait de retenir une soumission malgré le vice pourrait-il diminuer la qualité des travaux ou des services en deçà de ce qui était prévu dans les exigences des documents d'appel d'offres? Si tel est le cas, l'organisme public doit considérer qu'il est en présence d'un vice majeur.

⁸³ *Ville de Rimouski*, préc., note 13, par. 79.

Conclusion

Notre article avait pour objectif de reformuler le cadre d'analyse de la conformité des soumissions de manière à distinguer entre les exigences des documents d'appel d'offres (qui peuvent être essentielles ou accessoires) et les vices grevant les soumissions (qui peuvent être majeurs ou mineurs). Comme nous l'avons vu, la détermination du caractère essentiel ou accessoire d'une exigence des documents d'appel d'offres dépend de la volonté des parties et, en dernier recours, est sujette à interprétation finale par le tribunal. En revanche, la détermination de la nature mineure ou majeure d'un vice dans une soumission s'articule autour du principe de faute contractuelle (de la part de l'organisme public) en vertu de l'article 1458 C.c.Q. Selon ce cadre d'analyse, la nature du vice (majeur ou mineur) n'a pas d'importance lorsque celui-ci porte sur une exigence accessoire des documents d'appel d'offres; en tel cas, l'organisme public dispose d'une certaine discrétion pour rejeter la soumission ou non.

Notre méthode d'analyse pourra sembler plus complexe que la simple distinction entre irrégularité mineure ou majeure telle que les tribunaux l'appliquent aujourd'hui, mais elle aura l'avantage d'être plus claire et donc plus prévisible pour les parties. Les critères que nous avons recensés dans notre article pour appuyer notre méthode sont d'ailleurs souvent déjà appliqués par les tribunaux.

Il serait intéressant pour pousser plus loin l'analyse de distinguer les exigences des documents d'appel d'offres relatives à la conformité des soumissions de celles qui imposent des restrictions quant à l'admissibilité des soumissionnaires, et de celles qui feront l'objet d'une évaluation qualitative par un comité de sélection : les empiètements de ces différents types d'exigences causent fréquemment une confusion dans leur analyse. Nous estimerions également intéressant d'approfondir le rôle des règles de contrôle judiciaire des décisions administratives relatives aux contrats publics, en particulier si de telles décisions touchent à l'acceptation ou au rejet des soumissions grevées de vices quant à des exigences accessoires.